

A proteção à intimidade na Constituição da República de 1988

Ciro Benigno Porto

Advogado da União. Especialista em Direito Processual Civil.

Resumo: O direito à intimidade é imprescindível ao desenvolvimento da personalidade humana. Atento à sua força e relevância, o constituinte de 1998 previu pela primeira vez em nossa história constitucional a sua previsão explícita. A expressa positivação permitiu definitivamente a construção de sua autonomia e distinção com a proteção à vida privada. O presente artigo objetiva expor as principais notas conceituais do direito fundamental à intimidade, caracterizar sua autonomia e identificar as hipóteses constitucionais de exceção.

Palavras-chave: Direito fundamental à intimidade. Sigilo das comunicações telefônicas. Interceptação telefônica.

Sumário: **1** Introdução – **2** O direito fundamental à intimidade – **3** O direito à intimidade na Constituição da República de 1988 – **4** Considerações finais – Referências

1 Introdução

Todo homem, por mais tímido ou reservado que seja, tem em sua essência a necessidade de conviver e de se comunicar com seus semelhantes. Há mais de dois mil anos já havia enunciado Aristóteles a verdadeira máxima: “O homem é um animal político”.

Entretanto, ao lado da sua inafastável vocação social, é igualmente natural que todo ser humano, em alguns momentos da vida, busque o distanciamento da sociedade desejoso de manter fora do conhecimento de terceiros os fatos de sua vida pessoal, zelando pela tranquilidade e estabilidade tão imprescindíveis ao desenvolvimento da personalidade humana. A intimidade corresponde a essa dimensão da existência humana, revelando-se como manifestação da liberdade espiritual e refletindo a ideia de extrema interioridade.

O direito, fenômeno social por excelência, não poderia se omitir de tutelar esse aspecto ínsito ao psiquismo humano. Nessa esteira foi que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não se fez indiferente a este particular modo de existir dos homens. Previu

expressamente a proteção à intimidade de homens e mulheres em seu inciso X, art. 5º, o qual conta com a seguinte redação, *litteris*:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a “indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Ao tutelar expressamente a intimidade, buscou o constituinte originário resguardar a personalidade dos cidadãos, protegendo-os da ingerência ilegítima do Estado e de terceiros.

2 O direito fundamental à intimidade

A natureza humana encerra em si duas dimensões distintas e complementares, de cuja interação dependem o desenvolvimento da personalidade e a satisfação dos interesses humanos. O homem possui, a um só tempo, uma vida interior e outra exterior.

Atento a essa verdade, o Professor Arnaldo Vasconcelos com extrema precisão observa que “livre, o homem pertence ao mesmo tempo a dois planos distintos, que se hão de compor, para que possa realizar seus fins. Como ser individual, é-para-si; na qualidade de ser social, é-para-o-outro”.¹ Ainda de acordo com o comentário esclarecedor do Professor Maurício Benevides, “o ser humano procura satisfazer dois interesses paralelos: como indivíduo, o interesse a uma existência livre; e como membro do consórcio humano, o interesse a um pleno desenvolvimento dentro na vida social”.²

Em toda sociedade, segundo o entendimento uníssono dos antropólogos, há mecanismos de distanciamento social. Com efeito, não é exagero se afirmar que é natural e esperado que os homens busquem, em determinados momentos de sua vida, o distanciamento da sociedade. Não se quer aqui defender que nesses momentos o homem busque viver fora dela, aqui se concordado com vocação social do homem já

¹ VASCONCELOS. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 12.

² BENEVIDES FILHO, Maurício. Direito à intimidade e o processo de investigação de paternidade: direito à recusa ao exame hematológico. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 159.

enunciada por Aristóteles no século IV a.C.³ De fato, a vida solitária é exceção. Entretanto, não se pode negar ser natural ao ser humano que em certos momentos, ou diante de determinadas circunstâncias, se busque o afastamento do convívio social a fim de obter ou recuperar a tranquilidade e a estabilidade necessárias ao desenvolvimento de sua personalidade humana.

Sobre esse aspecto da natureza humana, veja-se a valiosa lição de Martins Valentino:

O homem, muitas vezes, não deseja compartilhar fatos e informações particulares com terceiros. Outras vezes, necessita de um momento consigo mesmo para reflexão e meditação, ou simplesmente permanecer afastado da sociedade com o fim de obter a paz e tranquilidade necessárias ao seu desenvolvimento material e, sobretudo, espiritual.⁴

Esse aspecto interior do indivíduo é que se denomina vida privada, que, grosso modo, representa o modo particular de cada indivíduo existir.

2.1 O direito à vida privada e o direito à intimidade – Identidade de conceitos?

De antemão, faz-se necessário anotar que não há na doutrina posição unânime quanto à diferenciação entre vida privada e intimidade. Tal confusão certamente advém da indistinta e corriqueira utilização dessas expressões no nível do senso comum.

Não obstante a utilização de vida privada e intimidade como sinônimos, a doutrina, a exemplo de Paulo José da Costa Jr.,⁵ tem empenhado visíveis esforços em estabelecer a diferença e o alcance de cada uma das expressões. Nessa investida destacam-se duas posições.

Maurício D'Oliveira⁶ anota que o alemão Hubman edificou a *teoria das esferas concêntricas* para relacionar intimidade e vida privada. Para o

³ Cf. ARISTÓTELES. *A política*. Rio de Janeiro: Ed. de Ouro, 1965, I. 9.

⁴ VALENTINO, Cyrlston Martins. *As exceções ao sigilo das correspondências e comunicações na Constituição de 1988*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4029>>. Acesso em: 22 set. 2006.

⁵ Cf. COSTA JR., Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 200.

⁶ Cf. D'OLIVEIRA, Mauricio. *O direito à intimidade na Constituição Federal de 1988*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 4, n. 15, abr./jun. 1996, p. 192.

doutrinador teutônico, a personalidade humana abrange três círculos concêntricos, que, em ordem crescente do comprimento dos raios, são a *Intimsphäre* (esfera íntima), *Geheimnisphäre* (esfera do segredo) e *Privatsphäre* (esfera privada).

No círculo de menor raio (*Intimsphäre*) estaria o âmbito da vida do indivíduo que este deseja manter em segredo, totalmente protegida do assédio de terceiros e do Estado. Com um pouco mais de amplitude, na esfera de tamanho intermediário (*Geheimnisphäre*) situar-se-ia uma parcela do segredo um pouco mais ampla, admitindo-se a presença de certas pessoas que fazem parte da vida cotidiana do indivíduo. “Apenas” a coletividade em geral estaria fora desse círculo interposto. Por fim, no círculo mais abrangente (*Privatsphäre*) de desenvolvimento da personalidade humana encontram-se os dados específicos de determinada pessoa, os quais são conhecidos não somente pelas pessoas que fazem parte do seu cotidiano, mas também pela coletividade que de alguma forma participa da vida dessa pessoa.

O círculo de maior monta representa a vida privada, dentro da qual se colocaria necessariamente a intimidade segundo uma relação de especialidade.

Em doutrina muito semelhante àquela desenvolvida por Hubman, René Ariel Dotti⁷ faz menção à existência de apenas dois círculos igualmente concêntricos. O de menor raio teria como conteúdo a intimidade, composta pelo segredo e pela reserva, ao passo que o de maior raio seria relativo à vida privada.

É simples observar que a dessemelhança entre as referidas teorias é bastante sutil e carece de efeitos jurídicos. É igualmente suave a tarefa de se identificar os pontos coincidentes entre os dois entendimentos, os quais nos interessarão mais de perto para o alcance dos fins deste estudo.

Em primeiro lugar, parece ser pacífico que vida privada é gênero⁸ do qual a intimidade é eixo central, núcleo. Assim, a vida privada representa um campo que compreende o particular modo de ser e viver de cada ser humano, é dimensão da vida do indivíduo que se desenvolve

⁷ DOTTI, René Ariel. *A proteção da vida privada e a liberdade de informação*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 67, n. 514, ago. 1978, p. 67.

⁸ Embora Maurício D’Olive registre a existência de corrente minoritária que entende ser a vida privada uma faceta do que integra o conceito de intimidade para fins jurídicos, p. 191.

fora das vistas do público. Por outras palavras, abrange “os aspectos que por qualquer razão não gostaríamos de ver cair no domínio público; é tudo aquilo que não deve ser objeto de direito à informação nem da curiosidade da sociedade moderna”.⁹

Como bem assevera José Adércio Leite Sampaio, o destacado estudioso pátrio da matéria,

a intimidade integra a vida privada, porém de uma forma muito mais dinâmica do que comumente apresentada; cuida-se de sua projeção no âmbito das informações pessoais, do relacionamento comunicativo do ser com os demais, enfim, de uma “autodeterminação informativa ou informacional”.¹⁰

Tércio Sampaio Ferraz Júnior diferencia intimidade e vida privada valendo-se do critério do *grau de exclusividade* entre ambos. Para o Professor da Universidade de São Paulo:

A intimidade é o âmbito exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada, que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). [...] Já a vida privada envolve a proteção de forma exclusiva de *convivência* (grifo original). [...] A vida privada pode envolver, pois, situações de opção pessoal (como a escolha do regime de bens do casamento) mas que, em certos momentos, podem requerer a comunicação a terceiros (na aquisição, por exemplo, de um bem imóvel). *Por aí ela difere da intimidade, que não experimenta essa forma de repercussão*.¹¹ (grifos nossos)

Ainda, consoante a lição de Dotti,¹² a intimidade se caracteriza como a parcela secreta da vida de um indivíduo, na qual este tem o *poder legal* de evitar os demais. É, portanto, formada por aquelas informações sobre as quais o indivíduo detém com exclusividade o poder de decidir se as resguardará para si ou se as divulgará para terceiros, não podendo ser compelido pelo Estado ou por quem quer que seja a revelar o conteúdo desses dados.

⁹ D’OLIVO, *op. cit.*, p. 190.

¹⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 351.

¹¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito a privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 1, n. 1, out./dez. 1992, p. 79.

¹² Cf. DOTTI, *op. cit.*, p. 69.

Em segundo lugar, capta-se que a vida privada e a intimidade são aspectos do direito à personalidade por serem intrínsecos à essência do indivíduo. São atributos do indivíduo e lhe servem para determinar o reconhecimento como certa e determinada pessoa. Como consequência lógica, tanto o direito à vida privada quanto o direito à intimidade possuem a natureza jurídica de direito personalíssimo,¹³ ligados que estão à própria essência do indivíduo.

A consequência jurídica desse enquadramento é o reconhecimento de que os direitos à vida privada e à intimidade destinam-se a resguardar a personalidade da pessoa humana, fazendo por merecer do Estado a adequada tutela frente às agressões porventura intentadas por ele (Estado) ou por terceiros.

Pelo exposto, vê-se que o direito à intimidade e à vida privada não são conceitos jurídicos e filosóficos coincidentes. Há, porém, quem defenda que a referida distinção carece de juridicidade e por tal motivo as expressões poderiam ser, inclusive, usadas como sinônimas.¹⁴

Sou pela posição que sustenta serem o direito à intimidade e à vida privada figuras distintas. Aproximam-se, no entanto, enquanto direitos personalíssimos por natureza, e, como tais, imprescindíveis à realização de uma dimensão da existência humana, além de serem igualmente referenciadas pela dignidade da pessoa humana. Essa proximidade inegável não significa que se deva efetuar a redução dos dois institutos à mesma figura, devendo o intérprete reconhecer e identificar a autonomia de cada um desses direitos.

2.2 Origem e fontes jurídico-positivas do direito à intimidade

Na Antiguidade e na Idade Média não se tinha com nitidez a diferença entre público e privado, ocasião em que se separava apenas o que era de utilidade comum e o que era de utilidade dos particulares. Tal fato, todavia, não quer dizer que a intimidade dos membros das diversas sociedades não recebia proteção das ordens jurídicas correspondentes. O direito à intimidade recebia proteção jurídica a partir dos efeitos que

¹³ Segundo Rubens Limongi França, o direito à intimidade compõe os chamados direitos da personalidade, situados, didaticamente, na subdivisão Direito à Integridade Moral.

¹⁴ Cf. D'OLIVO, *op. cit.*, p. 190.

radiavam de institutos clássicos já assentes pela dogmática jurídica, tais como o direito à honra e à propriedade.

É somente na modernidade ocidental que o direito à intimidade deixa de ser tutelado reflexamente e passa a contar com proteção específica.

Costuma-se atribuir a sua formulação jurídica ao Juiz americano Cooley, que em 1873 o reconheceu como o direito de ser deixado em paz (*the right of to be alone*), e aos juristas Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis, que, em 1980 nos Estados Unidos, publicaram na *Harvard Law Review* o artigo *The right of privacy*.¹⁵ Este estudo foi que, na verdade, inaugurou um novo sentido de proteção jurídica do direito à intimidade.

Warren e Brandeis, cientes do assustador crescimento das cidades e do imenso progresso técnico conquistado no século XIX e desejosos de prevenir que os usos das conquistas da ciência e da técnica atentassem contra os direitos e liberdades democráticas, propuseram nova conceituação do direito da intimidade, desta vez não mais pautado em bases físicas (propriedade, honra, imagem, inviolabilidade do domicílio), mas na inviolabilidade da personalidade.¹⁶ Estavam lançadas as bases para a proteção específica dos sentimentos, emoções e sensações individuais.

Desde então, o direito à intimidade tem sido expressa e autonomamente tutelado em diversos Estados Ocidentais. A título de ilustração, podemos mencionar que nos Estados Unidos da América referido direito é denominado de *the right of privacy* ou *the right to be alone*. Na França, *droit à la vie privée*. Na Itália, *diritto alla riservatezza*. Na Espanha, *derecho a la esfera secreta*. Na Alemanha, *Intimsphäre*. Em Portugal, proteção à intimidade da vida privada e direito à zona de intimidade da esfera privada. Por fim, no Brasil,¹⁷ como de costume, não se varou das denominações estrangeiras, recebendo referido direito a denominação de direito à intimidade,¹⁸ direito à privacidade, direito ao resguardo, direito de estar só e direito ao recato.

Há ainda diversos dispositivos de ordem internacional que, ao primarem pela proteção jurídica dos direitos da personalidade, tutelam

¹⁵ Cf. MIRANDA, Rosângelo R. *Tutela constitucional do direito a proteção da própria vida privada*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 3, n. 13, out./dez. 1995, p. 164.

¹⁶ Cf. SAMPAIO, *op. cit.*, p. 57.

¹⁷ Cf. POPP, Carlyle. *Aids e a tutela constitucional da intimidade*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 29, n. 115, jul./set. 1992, p. 141.

¹⁸ Em momento anterior deste trabalho já manifestei alcance específico da expressão direito à intimidade, não nos parecendo correta a utilização dos termos agora mencionados como sinônimos (*vide* item 1.2.1).

o direito à intimidade. O primeiro a surgir no mundo jurídico foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), cujo art. 12 conta com a seguinte dicção:

Ninguém será sujeito a interferências *na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência*, nem a ataques da sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques (grifos nossos).

Sobrevieram a esse diploma normativo de natureza internacional a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (1969), também conhecida como o Pacto de São José da Costa Rica, e o Pacto sobre Direitos Políticos e Civis da ONU (1976).

A positivação dos mais diversos dispositivos de proteção à intimidade advém da preocupação das sociedades políticas em evitar a exposição do ser humano a situações degradantes. A proteção à intimidade assegura a livre manifestação espiritual da pessoa humana e como tal não poderia ser desprezada pelos Estados modernos, tampouco pela Comunidade Internacional.

2.3 O direito à intimidade como direito fundamental de primeira geração

Costuma a doutrina classificar os direitos fundamentais em três *gerações*. O estudioso Juiz Federal da Seção Judiciária do Ceará, George Marmelstein Lima, em ousado artigo¹⁹ nos leciona que foi o jurista Karel Vasak, ao proferir no ano de 1979 em Estraburgo a aula inaugural no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, que utilizou pela primeira vez a expressão *gerações de direitos do homem*. Buscou-se demonstrar a evolução dos direitos humanos com base no lema da revolução francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). Leciona o dedicado magistrado cearense:

De acordo com o referido jurista [Karel Vasak], a primeira geração dos direitos humanos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*). A segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*). Por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*).²⁰

¹⁹ LIMA, George Marmelstein. *Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em: 02 out. 2006.

²⁰ *Ibidem*.

Como se procurou demonstrar alhures, o direito à intimidade tem por conteúdo a proteção da individualidade do homem, não apenas em oposição aos outros indivíduos e à sociedade como um todo, mas também, e principalmente, frente ao Estado.

O Professor Paulo Bonavides ensina com extrema precisão que “os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos de cada pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico”.²¹

Ora, diante de tais ensinamentos, é lícito concluir que o direito à intimidade é, por natureza, direito fundamental de primeira geração. Trata-se de direito de resistência ou de oposição perante o Estado, cuja observância assegura a cada membro da sociedade espaço reservado à sua interioridade, sendo a preservação desta uma necessidade inerente ao psiquismo humano.

3 O direito à intimidade na Constituição da República de 1988

3.1 Breve histórico da positivação do direito à intimidade nas constituições brasileiras

As Constituições brasileiras anteriores a 1988 sempre tutelaram o direito à intimidade, ainda que não explicitamente. Nas ordens constitucionais anteriores à inaugurada com a Constituição Cidadã, protegiam-se os direitos da personalidade e as diversas manifestações do direito à intimidade, especialmente o sigilo epistolar e a inviolabilidade do domicílio. Assim, desde antes de 5 de outubro de 1988 a tutela da intimidade sempre esteve consagrada pelo Direito Constitucional pátrio, ainda que não expressamente.

A Constituição Política do Império do Brasil, jurada em 24 de março de 1824 por D. Pedro I, tutelava a inviolabilidade individual ao conferir proteção genérica aos direitos da personalidade. Eis a dicção do seu art. 179, *litteris*:

Artigo 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: [...]

²¹ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 517.

XXVII - O Segredo das Cartas é inviolável. A administração do Correio fica rigorosamente responsável por qualquer infracção deste Artigo.

Ao assegurar a inviolabilidade do domicílio e das cartas, a Constituição do Império prestigiava a tutela da intimidade, ainda que implicitamente.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, também previa tutela oblíqua da intimidade ao assegurar a inviolabilidade do domicílio e o sigilo de correspondências. Assim constava em nossa primeira constituição republicana:

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança, individual e á propriedade nos termos seguintes: [...]

§11 A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode aí penetrar de noite, sem consentimento do morador; senão para acudir as vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei. [...]

§18 É inviolável o sigilo da correspondência.

Na esteira das antecessoras, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de julho de 1934, a primeira a prever um capítulo próprio para os direitos e garantias individuais, igualmente se limitou a tutelar a intimidade através da proteção ao sigilo de correspondência e da inviolabilidade do domicílio:

Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

8) É inviolável o sigilo da correspondência. [...]

16) A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador; senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.

A Constituição da República dos Estados Unidos, outorgada em 10 de novembro de 1937, mesmo instaurando um regime ditatorial no país, repetiu o conteúdo de suas antecessoras:

Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

6º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei.

Em 18 de setembro de 1946 foi promulgada a nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil, a qual logrou devolver ao país um regime democrático. Nesta, a intimidade dos membros da sociedade brasileira continua a ser reflexamente protegida através da garantia do sigilo das correspondências e da inviolabilidade do domicílio. Eis o dispositivo que contém referida prescrição:

Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§6º É inviolável o sigilo da correspondência. [...]

§15 A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém, poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer.

Encerrando intrigante contradição, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, a qual instalou o mais crucial regime ditatorial entre nós, alargou o âmbito da tutela reflexa da intimidade. Desta vez, o Texto Constitucional não se limitou a proteger o sigilo das correspondências e a inviolabilidade do domicílio. Passou-se a garantir também (com enorme atraso, diga-se) o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas:

Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§9º São invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas.

§10 A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.

A Emenda Constitucional nº 01/1969 alterou a localização desses dispositivos, os quais, embora conservando a redação original, passaram a ser assentados art. 153, §§9º e 10 da Carta Magna então vigente.

Com certa facilidade se observa que a intimidade era tutelada apenas genérica e reflexamente pelas Constituições anteriores, pois, na verdade, se conferia proteção jurídica a apenas algumas de suas formas de manifestação.

Apenas com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, “A Constituição Cidadã”, o direito à intimidade passou a contar com previsão constitucional expressa.

3.2 Previsão constitucional da tutela do direito à intimidade na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 alçou expressamente o direito à intimidade ao patamar de norma constitucional. Inserido em capítulo específico que versa sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, a inviolabilidade da intimidade encontra-se direta e explicitamente tutelada no art. 5º, inciso X, da *Lex Fundamental* vigente:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

X - *são invioláveis a intimidade*, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (grifei)

De plano, percebe-se que o Constituinte Originário considera diversos o direito à intimidade e à vida privada.²² O dispositivo constitucional vai além: não se restringe a diferenciar vida privada e intimidade, considerando o direito à intimidade autônomo em relação aos direitos à honra e à imagem, quando a doutrina as reputava manifestação daquele.²³

Entretanto, a tutela direta, genérica e explícita da intimidade não implica em sua desconexão em relação a outros direitos igualmente previstos na Constituição. Uma vez que o direito à intimidade se revela como manifestação da liberdade espiritual e reflete uma ideia de extrema

²² José Afonso da Silva também reconhece a distinção operada pela Constituição. Entretanto, elege a expressão direito à privacidade, “num sentido genérico, e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 206).

²³ Cf. D’OLIVO, *op. cit.*, p. 196.

interioridade, projetando-se como o poder legal do indivíduo de excluir do conhecimento de terceiros ou do Estado os dados e fatos que lhe digam respeito, a inviolabilidade do domicílio, o direito ao sigilo da correspondência, do sigilo bancário, dos dados pessoais, das comunicações (telegráficas, de dados e telefônicas) e ao segredo profissional são corolários daquele, constituindo-se em aspetos particulares de seu conteúdo normativo.

3.3 O sigilo das comunicações telefônicas como manifestação do direito à intimidade

O homem, por mais tímido ou reservado que seja, tem a inafastável necessidade, ínsita à sua natureza, de conviver e de se comunicar com os seus semelhantes. Na busca da realização desse anseio, tem-se visto ao longo da história a constante evolução dos meios hábeis a estabelecer a comunicação entre os seres humanos, tendo, nessa linha do tempo, o telefone surgido apenas em 1876.

O fato é que, modernamente, o telefone é imprescindível nas relações sociais, tratando-se de um dos meios mais céleres e efetivos de comunicação. Em razão disso, o conhecimento das mensagens veiculadas por este meio desperta o interesse de terceiros e do próprio Estado. Ciente dessa visível realidade Volnei Ivo Carlin assevera que

por certo e em razão disso, as violações das conversas telefônicas adquiriram dimensões agudamente sentidas, porque se configuram, como regra, o desconhecimento do titular do direito, *deixando o telefone de servir ao homem e a sua felicidade, para converter-se num instrumento de tortura psicológica*.²⁴ (grifos nossos)

Deste modo, a manutenção do sigilo das informações trocadas via telefone reflete um desejo da comunidade reconhecido pela nossa Ordem Constitucional vigente. O sigilo das comunicações telefônicas é especificamente protegido pela Carta Magna de 1988 em seu art. 5º, inciso XII, o qual conta com a seguinte dicção, *litteris*:

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial e

²⁴ CARLIN, Volnei Ivo *apud* FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 88.

na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. (grifos nossos)

A partir da comparação das Constituições brasileiras anteriores com a que atualmente vige, constata-se que a proteção à intimidade precisou ser legislativamente modificada para acompanhar o desenvolvimento tecnológico. A garantia da inviolabilidade do domicílio e das correspondências não mais se mostravam suficientes para propiciar a efetiva preservação da intimidade dos membros de uma sociedade que passou a conviver com o aparecimento de microcâmaras, aparelhos de interceptação telefônica e diversos inventos colocados a disposição daqueles que se dedicam a devassar a vida alheia.

Em razão disso, a Lei Fundamental teve de evoluir e, procurando assegurar a efetividade do direito à intimidade, destacou a inviolabilidade das comunicações telefônicas.

Sem maiores dificuldades, verifica-se que o direito fundamental à inviolabilidade das comunicações telefônicas repercute diretamente no âmbito conceitual do direito à intimidade encampado neste trabalho. O sigilo das comunicações telefônicas apresenta-se como desdobramento do direito à intimidade, à medida que qualquer sujeito tem o poder legal de retirar da curiosidade alheia o conteúdo de suas comunicações telefonadas. É patente o seu caráter de direito fundamental. Buscou o constituinte originário resguardar personalidade e aquilo que há de mais reservado na vida dos cidadãos, protegendo-os da ingerência ilegítima do Estado e de terceiros.

Pela Ordem Constitucional instaurada em 1988 a intangibilidade das comunicações telefônicas foi expressamente reconhecida como essencial à preservação da intimidade, tendo sido erigida ao *status* de cláusula pétrea.

3.4 Restrições expressas à inviolabilidade das comunicações telefônicas

O sigilo das comunicações telefônicas, não obstante seja um direito fundamental, não possui, a exemplo de qualquer outro direito desta natureza, caráter absoluto. Isso se deve a uma única razão: a dignidade da pessoa humana é a fonte ética de todos os direitos fundamentais, servindo, ao mesmo tempo, como fundamento e limite de todos os direitos fundamentais.

Ocorre que, diante da multiplicidade de aspectos e projeções valorativas dos direitos fundamentais, não raramente surgirá uma situação de colisão entre eles em um caso concreto e sendo a dignidade da pessoa humana o valor básico do qual provém todos os direitos fundamentais, deve-se emprestá-los caráter relativo diante da ponderação dos interesses envolvidos.

Com maestria e concisão, o Professor Glauco Barreira Magalhães Filho nos ensina que:

O direito foi criado pelo homem, que é fim e não meio. O princípio da dignidade da pessoa humana, embora consagrado na Constituição, é um valor suprapositivo, pois é pressuposto do conceito de Direito e a fonte de todos os direitos, particularmente dos direitos fundamentais. Por força desse princípio é que o direito fundamental não pode excluir o outro, quando há entre eles colisão no caso concreto, pois *a dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais, o que significa que o sacrifício total de algum deles impostaria violação do valor da pessoa humana*.²⁵ (grifos nossos)

Por óbvio, o sigilo das comunicações telefônicas não se trata de um direito absoluto, mas relativo que encontra seus em outros direitos ou bens consagrados constitucionalmente. Em razão da necessidade de proteger a sociedade como um todo contra a prática de atividades ilícitas ou criminosas, a Constituição Federal estabelece duas limitações expressas à inviolabilidade das comunicações telefônicas:

- a) para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (CF, art. 5º, XII²⁶);
- b) para a defesa do Estado e da democracia quando decretado o Estado de Defesa ou Estado de Sítio (CF, art. 136, §1º, inciso I, alínea “c”²⁷ e art. 139, III²⁸).

²⁵ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. Ed. Mandamentos: Belo Horizonte, 2003, p. 228.

²⁶ CF, art. 5º, [...], XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

²⁷ CF, art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

§1º O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I - restrições aos direitos de: [...]

c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica.

Para os fins deste trabalho, nos interessará mais de perto a primeira hipótese de restrição, pois é a que se verifica no curso normal da vida democrática.

A redação do art. 5º, inciso XII, da Carta da República de 1988 contempla a relatividade da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas e se consubstancia num poderoso meio posto pelo Constituinte à disposição do Estado para fins de obtenção de prova. Entretanto, condiciona o Texto Constitucional a sua quebra da intimidade para o fim de obtenção de prova ao preenchimento simultâneo de três requisitos:

- a) expedição de ordem judicial;
- b) finalidade de investigação criminal ou instrução processual penal; e
- c) *somente nas hipóteses que a lei estabelecer.*

Tratando-se de norma de eficácia limitada, somente com a edição da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, o dispositivo constitucional adquiriu aplicabilidade plena.

4 Considerações finais

Desde os primeiros ordenamentos jurídicos a tutela da intimidade dos indivíduos se dava apenas reflexamente, através da proteção de outros bens jurídicos então assentes na dogmática jurídica, tais como a inviolabilidade do domicílio e o sigilo epistolar.

Tal realidade não foi diversa no direito brasileiro. Somente quando da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, o direito à intimidade foi expressamente alçado à condição de direito fundamental (art. 5º, inciso X). Por este diploma constitucional, o direito à intimidade ganhou autonomia, cercando-se-lhe de disciplina própria e distinta daquela que até então se conferia genericamente à vida privada.

Todavia, a tutela genérica e explícita da intimidade não implica em sua desconexão com outros direitos igualmente consagrados na constituição. Assim é que a Lei Fundamental, buscando assegurar a

²⁸ Cf. Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: [...]

III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei.

efetividade do direito à intimidade, destacou a inviolabilidade das comunicações telefônicas (art. 5º, XII).

É patente o seu caráter de liberdade pública.

Embora consagrado pela Constituição da República como um direito fundamental, o direito à intimidade não encerra em si um valor absoluto. Tanto é que o mesmo Texto Constitucional, explicitamente, através da previsão constante do inciso XII, art. 5º, o excepciona ao admitir a interceptação telefônica desde que presentes três requisitos: a) ordem judicial; b) finalidade de investigação criminal ou instrução processual penal; c) nas hipóteses e na forma que lei estabelecer.

Reconhecida intangibilidade do sigilo das comunicações telefônicas como direito fundamental, a própria Constituição o excepciona diante da necessidade de o Estado proteger a sociedade como um todo, permitindo a quebra do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

São, portanto, preciosas e circundadas de rigorismo formal as restritas possibilidades de relativização desse direito. E assim o deve ser, dada sua vocação imanente à proteção da personalidade do cidadão em face de eventuais investidas do Estado ou de particulares.

Referências

ARISTÓTELES. *A política*. Rio de Janeiro: Ed. de Ouro, 1965.

BENEVIDES FILHO, Maurício. Direito à intimidade e o processo de investigação de paternidade: direito à recusa ao exame hematológico. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal na Constituição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

D'OLIVO, Mauricio. O direito a intimidade na Constituição Federal de 1988. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 184-203, abr./jun. 1996.

DOTTI, René Ariel. A proteção da vida privada e a liberdade de informação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 67, n. 514, p. 11-17, ago. 1978.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito a privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 77-90, out./dez. 1992.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em: 02 out. 2006.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

MIRANDA, Rosângelo R. Tutela constitucional do direito a proteção da própria vida privada. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 3, n. 13, p. 158-182, out./dez. 1995.

POPP, Carlyle. Aids e a tutela constitucional da intimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 29, n. 115, p. 139-150, jul./set. 1992.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

VALENTINO, Cyrlston Martins. As exceções ao sigilo das correspondências e comunicações na Constituição de 1988. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n.65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4029>>. Acesso em: 22 set. 2006.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.